

论对医疗广告的规制及其界限

——由全面取消医疗广告的主张谈起

郭春镇*

摘 要: 医疗广告的规制与取消问题成为近年来“两会”讨论的一个热点问题,各方观点可谓聚讼盈庭。实际上,就规范层面而言,我国有关法律法规已经有了对虚假广告的禁止性规定。虽然基于公共利益和法律父爱主义式的信息规制可以在一定范围内对医疗广告予以一定程度的规制,但全面禁止则违反比例原则,是对人民“知的权利”与广告主和广告从业人员经济利益的侵犯。而且,简单地以行政立法取代严格的行政执法无助于法治秩序的建构。

关键词: 医疗广告 商业性言论 规制 比例原则

一、问题的提出

2005年3月7日,时任卫生部常务副部长高强在听取政协委员的讨论时表示,要取消医疗广告。他认为医疗信息应该无偿告诉大众,一些医疗服务应无偿向群众提供,不应收费,更不应做广告;同时,赚百姓的钱做广告也不合适,不断增多的虚假医疗广告更是要坚决取缔。他还称“以后所有卫生部门不再承担医疗广告鉴定的任务”。而此后在网络上发布的各种评论中,对高部长所表述内容出现了不同版本的理解,有的认为高部长主张禁止的广告仅指医疗机构的广告,有的认为高部长所说的是医药广告,但根据人民网记者对国家食品药品监督管理局领导的采访内容可以确认:高部长所针对的仅指医疗广告而不包括各种药品的广告。自此,每年的“两会”都涉及对医疗广告的讨论,限制及取

消医疗广告的呼声不绝于耳。

高部长表示要采取的措施自有其理由,根据中华人民共和国国家工商行政管理总局发布的2002年第2季度期刊广告发布监测公告显示,医疗服务广告等违法现象普遍,尤其是期刊医疗广告,有九成多涉嫌违法,占检查发现违法或者涉嫌违法总数的36.36%。国家工商行政管理总局副局长刘玉亭讲话称,2001-2004年我国共查办4万多件违法违规药品广告,其中医疗广告近3万件,是所有查处违法案件的3/4。其中最有名的是新兴医院的送子神话和东方肾病医院的“消癌秘方”。2005年3月8日,国家工商行政管理总局披露了2005年度的“六大违法虚假广告”,其中涉及医疗的就有四起。新华网所组织针对是否应该禁止医疗广告的网络投票中有83%的网民赞同禁止。社会生活中存在的诸多违法医疗广告以及它们对人民的危害促使我国的最高医疗行政主管部门意欲采取“壮士断腕”式的

*作者简介:郭春镇,男,1974年12月出生,山东聊城市人,厦门大学法学院讲师、硕士生导师,法学博士。

完全禁止的措施。这体现了行政主体对公民利益的关注并试图采取一定措施予以保护,一定程度上体现了“执政为民”,这一点是值得肯定的,但是否应予全面禁止则颇值得商榷。该抽象行政行为的规范依据和合理性也颇成问题,该主张直至现在仍未落实不知是否基于这一考量。即便如此,由于所涉群体利害的广泛性及重要性,这一话题也颇值得探讨。

二、对医疗广告的规制

(一) 医疗广告的属性

由于存在着对医疗广告概念和范围的不同理解,在文章的开始限定“医疗广告”的定义、澄清其规范意涵与法理意涵以为下一步的讨论奠定基础是必要的。关于医疗广告,根据《医疗广告管理办法》第2条的规定,是指:医疗机构通过一定的媒介或者形式,向社会或者公众宣传其运用科学技术诊疗疾病的活动。同时,该办法的第23条确定了“医疗机构”的概念,将医疗机构定义为从事疾病诊断、治疗活动的医院、卫生院、疗养院、门诊部、诊所、卫生所(室)以及急救站等。根据汉语的语言规范,“医疗广告”一词属于偏正词组,“医疗”是“广告”的限定语,这意味着医疗广告首先是“广告”。而对于广告的定义,根据《中华人民共和国广告法》(以下简称《广告法》)的规定,是指商品经营者或者服务提供者承担费用,通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者所提供的服务的商业广告。由此可见,从规范意义上来讲,“广告”必然是商业性的。因此,医疗广告实际上在规范上已经属于一种“商业”性的广告。虽然医疗机构负有为社会公益、公共福利的职责,与纯粹逐利的一般市场主体不完全相同,但是,抛开一般民营医疗机构不谈,即便是行使公共福利职能的、所谓的非营利性医疗机构,在规范意义上已经是具有“商业性”的市场主体了。因此,就实证法规范层面而言,医疗广告在我国是医疗机构所从事的商业性的行为。

就法理上的属性而言,医疗广告是言论自由中的商业性言论(commercial speech),属于宪法权利与自由中言论(表达)自由的重要组成部分。有学者即认为“在市场经济的条件下,商业言论(如广告)往往也构成言论的一个重要类型。”言论自由的重要性在一个现代民主法治国家或追求民主法治国家的重要性几乎自不待言。表达自由(freedom of expression)是宪法自由权利中的重要内容。“在西方法学理论和宪法学中,表达自由被看作公民‘最根本的权利’或‘第一权利’;是

其他自由权利的‘源泉’;又是其他自由的‘条件’。”^①现代国家一般都在宪法中明文规定了言论出版等自由,即所谓的表达自由或表现自由。各国由于不同的经济历史背景而对言论自由的具体规定不尽相同,赋予言论自由的内容和范围也因此具有相当大的弹性空间。相对于言论自由的其他领域,对于其宪法学属性在美国、德国、日本和台湾地区几已成通说的商业性言论,^②中国学界在这个空间内的讨论却弱势很多,商业言论的内容、范围和规制等问题也颇难把握。

对商业性言论最早的讨论始于对言论自由极为关切的美国,美国对言论自由的关注甚至被认为“无出其右”,^③而商业性言论则被认为是言论自由原则在商业领域的拓展。^④与判例法国家由实践问题到学理探讨的传统一致,对商业性言论争议与探讨也是由诉讼引发。最早的关于商业言论的诉讼似可追溯至1942年的Valentine v. Chrestensen, 316 U. S. 52(1942),在该案中,确立了将“纯粹的”商业言论完全排除在言论自由保护范围之外的“商业言论原理”(commercial speech doctrine)。^⑤对于商业言论的态度,具有标尺性的联邦最高法院也不是始终保持着一贯性,而是随着时代的发展经历了早期的绝对排除、其后的完全保护,再到后来的“四阶段分析法”^⑥的中庸之道,直到最近的偏向更多保护的“回归”^⑦。

但即便在对商业言论的论述最为深入和繁多的美国,对商业言论的概念也较为模糊。一般而言,“商业言论”指“经营者为了获取交易机会而提议进行商业交易”的言论,主要表现为对产品或服务的任何形式的赢利性或商业性广告。^⑧对于商业性言论的范围,芦部信喜认为商业言论为“营利的言论”,“一般来说,被解释为为达到利益目的或事业目的,广告其产品或服务的言论”^⑨。林子仪认为“基本上,通说均主张宣传或推广某种商品或服务的言论,而其目的在直接刺激该项物品或服务的交易,以获取商业利益者,均是所谓的商业性言论。”^⑩就关于商业言论的理论与实践而言,本文所探讨的医疗广告属于宪法性言论自由中的商业言论应属无疑。但由于我国相关的宪法解释部门并没有对商业性言论是否属于言论自由以及应施以何种程度的保护加以规范意义上的解释,因此本文对该问题的探讨均立基于宪法理论而予以分析和解读。

(二) 对医疗广告的规制

1. 是否应对商业言论规制的理论争议

虽然商业性言论属于言论之一种已成通说,但对于商业言论是否应予限制以及做何种程度的限制,理论上存在着争议。有学说认为商业性言论不属于宪法

言论自由所保护的主体。有人认为,美国宪法第一修正案保障言论自由的目的是为了贯彻人民自治或民主原则,因而言论自由所保护的主体不是针对表达这一行为,而是为了保障人民自治所不可缺少的思想与沟通活动的自由,是为了实现自我统治。而商业性言论无助于此,与公共利益无关,仅属于私的言论,所以不必寻求言论自由的保护而仅从正当法律程序获得保护即可。^②有人认为现代商业性的言论缺乏个人自由或个人实现的要素,认为商业性言论无法成为宪法第一修正案保护的主体。因为宪法保障言论自由固然在于表意人的自由而非言论的内容,但当今社会中企业的主要目的是追求利润最大化,企业的宣传或广告的内容已经完全无关于个人的自由、选择或自我实现,因此作为企业追求利润手段的商业性言论不应成为第一修正案案件所保护的主体。^③

有学说认为,对商业言论的保护应与对一般言论自由的保护并无二致,因为很难将它们区分开来。如台湾“大法官”吴庚在释字第414号反对意见中就认为:“盖推销产品或劳务之广告固属追求经济上利润为目的,但并不因此而谓广告非意见之一种,保障经济事务领域意见之表达及形成,与其他事务之领域并无轩輊,尤其将经济上之意见与意识形态严加区别,为事实所难能,故不应存有差别之待遇。设若将商业广告视为性质特殊而加以限制,则对于反驳或呼吁杯葛某一广告之意见,是否亦应限制乎?果真如此,则循环不已,尚有何意见自由可言!”黄铭杰教授也认为,传统上有将同一个人分为“政治人”和“经济人”的倾向,并认为在身为“政治人”的时候应为公共利益而行动,在身为“经济人”的时候则为个人利益而追求。政治人的言论可受到言论自由的保障,而经济人的言论则在保障范围之外。但问题在于为什么同一个人的话会因为内容以及指向对象的不同而被区别对待。^④大陆也有学者质疑两者的区分并认为企图将言论类型化的努力注定无果而终,将言论区别对待缺乏正当性理由,最后认为将商业言论排除在言论自由保护之外或只提供较低程度的保护是对言论自由权利的一种盘剥。^⑤

而通说认为,商业性言论是宪法所保护的言论自由中的一个亚种,但由于其自身的性质而应只受到较低程度的保护。在1942年发生的涉及商业性言论的第一案中,尽管美国宪法第一修正案字面上并没有否认对商业性言论的保护,美国联邦最高法院在没有给商业性言论下一个明确的定义的情况下,确立了对纯粹商业性言论不予宪法性保护的规则。直到1976年的Virginia State Bd v. Virginia Citizens Consumer Council

案件之后,才将商业性言论纳入到第一修正案的保护范围之内。在该案中,大法官Blackman认为,应该将商业性言论置于第一修正案的保护之下,但由于其性质上是经济的而非政治的,所以不值得予以全面的保护,只能得到一定程度的保护。这一规则在其后的Friedman v. Rogers^⑥和Pittsburgh Press Co v. Pittsburgh Com'n Human Relations^⑦中得到了进一步的贯彻。日本学者桥本基宏认为:追求私益的营利言论在价值序列中的位置比较低,不应该与讨论公共的议题与政治性言论受同等的保护,对其较强的规制并不会发生萎缩效果。营利的内容与政治的主张相比,营利的言论的真伪比较容易判定,而对虚伪的营利言论规制是被允许的,且营利的言论兼具经济自由和表现自由这两项要素,而经济自由受到较强的规制,所以营利言论也应如此。^⑧这一主张也获得了芦部信喜教授的支持。^⑨台湾的“大法官解释”第414号理由书也认为:“非关公意形成、真理发现或信仰表达之商业言论,尚不能与其他言论自由之保障等量齐观。”

将商业性言论与政治性言论予以区分并给以不同程度保护的“双阶”理论尽管受到了相当的挑战,近期对商业性言论的审查标准也逐渐放宽,但在美国宪法判例仍然适用,在理论上亦属通说。就如何区分“高价值”的政治性言论与“低价值”的商业性言论这一难题而言,主要原因是对商业言论这一概念缺乏明确的表述,而这一概念又几乎是无法以属加种差这种“科学”的方式来确定的,因此在很大程度上只能描述而很难定义。在美国,对商业言论的判断标准经历了从“主要目的说”到“普通常识说”与“言论内容说”的发展过程迄今也没有定论。

尽管某些商业性言论与一般言论存在着区分上的困难,但这并不足以成为两者价值上平等并应予以同等保护的理据。其实,在法律学中,有些问题并不能进行非此即彼的简单划分,正如一个案件可能有不同的判决结果而我们有时很难说哪一个结果是错误的一样。对于某些行为,法律不可能给出一种非黑即白、非此即彼(yes or no, all or nothing)的答案,在相当多的领域存在着模糊不清的“灰色区域”,存在或多或少(more or less)亦即程度的问题。即便美国的联邦宪法第一修正案中的政治性言论,在实践中也存在着这种灰色区域,也曾遇到言论与行为交织在一起的难题,并在实践与理论上形成了言论-行为的两分法,依“言论”成分的多少予以不同程度的保护。这种两分法自然也存在着上述的程度问题,但它毕竟合理解决了诸多的问题与纠纷并继续发挥着作用。

实际上,包括商业言论的第一修正案的内容可能从来就不是确定的,Zechariah Chafee认为,美国宪法的创制者们当初并没有对第一修正案进行实质性的界定,“第一修正案在人们的心里并没有份量,因为(那时)并没有具体的事实和形象附在它上面,就像一只空盒子上的漂亮辞藻……”。^②可见,第一修正案更像是一个瓶子,至于里面装什么酒,需要依时间地点等诸多因素而定。此时,交给法官行使其自由裁量权、以社会共识或主流的意识形态^③来判断或许是一种更好的结局,而这也能使对商业性言论的保护随着社会经济生活的发展与进步而“与时俱进”。在许多言论兼具一般言论与商业言论的特征而无法分割时应该以比较宽容的态度,承认其为一般言论。

2. 对商业言论规制的理由

由此可见,商业性言论的理论和我国医疗广告的现状使得有关部门采取适当措施对医疗广告予以一定的规制是合理的。前述对商业性言论的规制的前提是所规制的言论均非虚假的言论,对虚假的商业性言论予以禁止从法学理论的角度来看应是众所周知,并在各国家与地区立法上体现。^④在我国的《广告法》第4条和《医疗广告管理办法》第3条也做了对虚假和具有欺骗性的广告的禁止性规定。

那么,对合法产品或服务的非欺骗性的广告之规制是否必然违反宪法对言论自由的保护呢?基于公共利益与对消费者^⑤保护的考量,这种规制并不必然违反宪法。

阿部照哉等日本学者在其《宪法》中认为,虽然表达自由是宪法所保护的、具有高度价值的自由与权利,但并非宪法一概不许对此自由加以限制。其理由之一就是“公共利益”(公共福祉)。^⑥虽然芦部信喜认为对于广告自由与违宪审查的基准在日本并没有判例关涉到营利的言论自由,即没有明确宣示限制广告的合宪性基准,^⑦但在日本毕竟有1961年禁止对于按摩师、针师、灸师和柔道师在广告中登载适应症的刑事判例,而就其内容而言,实具宪法性的意义。而这是基于公共利益考量的结果之一。对于公共利益,由于对“利益”的阐释离不开主体和客体间的关系,利益和价值之间有密切的关联,而价值判断的标准又是“仁者见仁,智者见智”因而聚讼不定,公共利益的内容和主体都有不确定性,所以陈新民教授称之为“罗生门式”的概念。^⑧莱斯纳(W.Leisner)认为,公共利益与私人利益之间有一个不确定的关系,多数人的私人利益可形成公共利益,前者由后者构成,所以不能绝对地排除后者。他由此认为不确定多数人利益可以升格为公共利益。^⑨具有某些

性质的私人利益,就等于公共利益。这种特别的私人利益,就是指私人的生命及健康方面的私人利益,这些涉及生存保障的私人利益,国家负有危险排除的义务。也就是说,国家保障私人的生命财产和健康这些利益是公共利益的要求。而医疗这一情事无疑涉及众多不特定的多数人,且事关个人的生命健康,因此应属于公共利益之一,对其予以一定的规制也可理解。

美国的Daniel Hays Lowenstein教授等人则提出了另一种类似的理由。他们认为:就商业广告而言,第一修正案的保护是完全基于消费者的利益,使其能便利地得到使他们能作出聪明的购买决定的信息。最高法院扩展了第一修正案范围并对商业广告予以保护,其原因在于“消费者在商业信息流动中的利益”。^⑩在具有代表性的陈述中,法院认为,第一修正案关注的商业言论是立足于广告的信息功能。同时法院认为,这样的商业言论提供的信息给消费者带来的价值(同时满足消费者的“知的权利”)可以证明第一修正案的扩展保护主要是来保护消费者的正当性。^⑪而这个信息既是一个经验性的问题,又是一个规范性的问题。就什么是信息这一问题而言,由于消费者的决定“应明智且有足够的信息”事关“公共利益”,^⑫并非闪到消费者眼中的字节、图像和光束都是信息,只有那些促进其做出理性和明智决定的信息才是规范意义上的信息。在美国联邦最高法院审结的13个涉及商业言论的案件中,9件被推翻,4件保留。在9件被撤销的案件中,有8件涉及纯粹或主要是纯粹的信息性言论。剩下的一个涉及对促进消耗电力的全面禁止。^⑬在4件维持的案件中,没有一件禁令所涉及的主要是信息性的广告。在此基础上,Lowenstein教授进而提出,以广义的法律父爱主义^⑭作为规制商业言论的理由。在商业言论的背景下,父爱主义意味着国家为了消费者自身最大的利益而阻止那些不利于作出理性决定的信息到达消费者。尽管这可能干预了消费者的自由,它也很可能提高了使得消费者避免不需要的信息的自由。

按照Lowenstein教授的说法,由于父爱主义认为国家对待其公民可以像对待孩子一样。这样的观点听起来令人难以接受,所以很少有人承认有父爱主义的倾向,更不要说大胆地确认父爱主义原则并挥舞父爱主义大旗。^⑮但如果只看法院的行为而不是看其语言,会发现除非商业言论真正服务于父爱主义目的,否则一般都会被限制。法院还从来没有否决过一个可能被解释为执行一种真正父爱主义政策的对商业言论的限制。如果我们看看法院做了什么而不是说了什么,很明显对商业言论进行一定程度的规制不是反父爱主义

的。^⑬

三、全面禁止医疗广告的法律问题

回顾一下我国医疗广告的问题,可以发现,支持全面禁止医疗广告的观点主要的是认为虚假不实广告的泛滥导致了消费者经常上当受骗,遑论做出“理性决定”了。而对虚假广告的禁止,即便在以自由主义为主臬的美国,即便是美国的“自由至上主义者”(Libertarianist)也坚持“绝对主义”(absolutist)的观点。在我国,对这些广告的禁止亦是理所应当。这在我国《广告法》第4条和《医疗广告管理办法》第3条体现得一清二楚。笔者还认为,哪怕(包括医疗广告在内的)广告真实不虚,提供的商品或服务合法,根据上述理由,也可予以一定程度的规制,但对其不分青红皂白,一律禁止,则违反宪法对言论自由的保护,不仅可能违反法律保留这一行政法原则,而且违反了行政法“帝王条款”——比例原则。

我国现行的《广告法》第二章广告准则中规定了对广告内容和形式的要求,并对烟草和特殊药品的广告做了禁止性规定,并没有明确禁止发布医疗广告的规定。如果广告法有禁止医疗广告的立法目的的话,从立法技术上说,在这里规定是合适的。该法的第三章广告活动在第31条规定了法律、行政法规规定禁止生产、销售的商品或者提供的服务,以及禁止发布广告的商品或者服务,不得设计、制作、发布广告。抛开对其立法技术和立法目的的评价,这一条似乎为禁止医疗广告提供了合法性来源,我们姑且认为它满足了行政法的法律保留原则。

但是,对医疗广告的全面禁止违反了被认为是行政法的帝王条款的比例原则。在德国,比例原则是行政法的基本原则之一,“并获得了一种宪法的地位”。^⑭它是指行政主体实施行政行为应兼顾行政目标的实现和保护相对人的权益,如果为了实现行政目标可能对相对人权益造成某种不利影响时,应使这种不利影响限制在尽可能小的范围内,使二者处于适度的比例。一般认为,它由适当性原则、必要性原则和狭义比例原则三个部分组成。这里的核心问题是“法益”的衡量的问题,即公民受宪法保护但同时又受到具体行政措施限制的个人权益与该措施所欲保护的公共利益之间的比较,不能因为一个较小的公共利益而去损害较大的公民权益。其实,美国联邦最高法院在对由于对商业言论进行限制而引发的诉讼中所确立的检讨该限制合法与否的“四阶段原则”与德国法的比例原则异曲同工。该

原则是指:(1)必须是有关合法活动,且不招人误解的意见,而对这种意见(2)政府所主张的限制的利益,必须是实质的(substantial), (3)政府的限制,能直接促进此利益,以及(4)政府的限制,以达成此种利益的必要程度为限制,不能过于广泛。^⑮其背后都是通过成本收益分析来获取更大收益的功利主义原则来判断某一政策是否合理,是否能促进更大的利益。当然,这种利益不仅仅限于经济利益。

反观高部长的建议,则令人不无疑虑:除了虚假医疗广告之外的真实的、不违法的医疗广告的广告主和广告经营者与发布者对该广告存在的利益能否为全面禁止所带来的利益所抵消?该禁止能否“直接”促进其意在保护的公共利益和消费者利益?该禁止是否过于广泛?是否有其他的可替代的、对广告主和广告从业人员利益损害最小的方法?是否那些虚假、非法的广告遮蔽了其眼光而使其无法比较衡量全面禁止所意欲保护的利益和所侵犯有关人员合法利益孰轻孰重?这些实为问题。

四、小结

其实,高部长所关注的虚假广告的问题的关键在于执法而非立法。前已说明,对人民利益伤害最大的是虚假医疗广告,而即使不谈广告从业人员的经济利益,相当多的合法医疗广告是人民所需要因而是符合人民利益的。除了满足人民“知的权利”外,有时,一个医疗广告所载明的信息对某个人或某些人的助益是无法衡量的,甚至直接牵涉人最珍视的生命。而对虚假广告的问题在我国完全是有法可依,只要相关的行政主体严格、认真执法本可解决。以简单的行政立法取代严格的行政执法其实是行政主体的另一种不作为,是对其行政职责的不履行,也是行政管理能力低下的一种标志。

总之,有关行政主体全面、严格地履行法定的职权与职责本可解决虚假广告的问题。对于某些真实不虚、内容不违法的医疗广告也可以基于公共利益和法律父爱主义的信息规制理论予以限制。而对医疗广告的“一禁了之”则是企图以立法代替执法、规避其行政职责的消极不作为,是对商业性言论自由乃至一般言论自由与人民“知的权利”和相关从业人员经济利益等宪法性权利的克减与盘剥,不利于法治秩序的建构。

注释:

《卫生部拟取消医疗广告》,载《新京报》,2005年3月8日。

《卫生部常务副部长高强:医药广告要取消》,人民网, www.people.com, 2005年3月8日。

杨锐:《药监部门存在‘把关不严’吗?》,人民网, www.people.com, 2005年3月10日。其实,就卫生部与国家药监局的行政职权划分而言,对药品的监督与管理本属后者职权范围。

关于2006年和2007年‘两会’关于医疗广告的讨论,参见中国政协新闻网, http://cppcc.people.com.cn/GB/34961/59086/59108/4198003.html, 2006年3月13日。

《中国期刊医疗广告九成多涉嫌违法》,中国网, www.china.com, 2002年6月28日。

《高强:有关部门正拟订相关方案 拟取消医疗广告》,中国新闻网, www.chinanews.com, 2005年3月8日访问。

《违法虚假医疗广告占98% 媒体为何无法拒绝》,上海热线网, www.online.sh.cn, 2005年4月1日。

新华网, forum.xinhuanet.com, 2005年3月2日。

这从公立医疗机构收入构成中也可以看出,如福建省1999年省级的公立医院也只有25%的经费来自国家财政性拨付,非省级的只有20%,其他省市也相差不多。见周裕惠、庄严:《医疗机构改革是医改成功与否的关键——省卫生厅副厅长杨平访谈录》,载《开放潮》1999年第3期。

许崇德主编:《宪法》,中国人民大学出版社1999年版,第163页。

⑪ 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第555页。

⑫ 见台湾“大法官解释”第414号;美国联邦最高法院的判例 Riley v. National Federation of Blind of North Carolina, Inc (1998)即 487U.S.254;德国联邦宪法法院判例“禁止医师刊登业务广告案”(即BverfGE71,162-171)中的判决(见台湾“大法官解释”第414号不同意见书之一);[日]芦部信喜:《宪法》,李鸿禧译,月旦出版社1997年版,第177页;阿部照哉等:《宪法(下)》,周宗宪译,元照出版社2001年版,第142页。

⑬ 台湾“大法官解释”第414号。

⑭ ⑭ 邓辉:《言论自由原则在商业领域的拓展》,载《中国人民大学学报》2004年第4期。

⑮ ⑮ 赵娟、田雷:《论美国商业言论的宪法地位——以宪法第一修正案为中心》,载《法学评论》2005年第6期。

⑯ See Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission, 447 U. S. 557(1980).

⑰ See David M. O'Brien, Constitutional Law and Politics: Civil Rights and Civil Liberties, Volume Two, W.W. Norton & Company Press, 1990. 转引自赵娟、田雷:《论美国商业言论的宪法地位——以宪法第一修正案为中心》。

⑱ [日]芦部信喜:《宪法学:人权各论》,有斐阁2000年增补版,第314页。转引自陈泽荣:《国家对商业性言论的管制界限》,台湾成功大学硕士论文,2004年。

⑲ 林子仪:《商业言论与言论自由》,载《美国月刊》1987年第2卷第8期。

⑳ See: Alexander Meiklejohn, The First Amendment Is an Absolute, 1961 Sup.Ct.245.

㉑ ⑳ 黄铭杰:《美国法上的言论自由与商业广告》,载《台大法学论丛》第27卷第2期。

㉒ See: 440U.S.1, 99 S. ct,887, 59,L. ed. 2d 100 (1979)

㉓ See: 413U.S.317, 93 S. ct,2553, 37,L. ed. 2d 669 (1973)

㉔ 参见[日]桥本基弘:《营利的言论之自由》,《宪法之争点》,有斐阁1999年第三版,第102页。转引自陈泽荣:《国家对商业性言论的管制界限》

㉕ ㉕ ㉕ [日]芦部信喜:《宪法》,第177,178页。

㉖ 参见 Thirty Five years With Freedom of Speech (New York: Roger N. Baldwin, Civil Liberties Foundation, 1952. P. 4. 转引自邵志泽:《表达自由:言论与行为的两分法》,载《新闻与传播研究》2002年第1期。

㉗ “意识形态”本来不是一个贬义的概念。但是,冷战时期的自由主义思想家,把“意识形态”作为一个贬义词来使用。马德普:《战后西方自由主义发展的三个阶段》,载《郑州大学学报》(哲学社会科学版)2001年第6期。

㉘ 如美国《美国联邦贸易委员会法》和各州的消费者保护法和商标法等,以及诸多的行政规制对虚假广告的禁止性规定。日、台也在如《防止不正当竞争法》、《公平交易法》等类似法律中禁止虚假广告的发布。

㉙ 此处的消费者应做广义的理解,指任何购买某种商品或接受某种服务的人。而非仅指《中华人民共和国消费者权益保护法》中所涵盖的消费者。

㉚ [日]阿部照哉等:《宪法(下)》,第133页。

㉛ 陈新民:《德国公法学基础理论》,山东人民出版社2001年版,第181页。

㉜ 这个不确定多数人利益必须由民主的原则来决定,而该民主原则又需经由立法程序决定以保障其法律的可预见性。

㉝ See: Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U.S. 748, 763 (1976).

㉞ ㉞ See: Virginia Pharmacy, 425 U.S. at 765.

㉟ 该案即是著名的 Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Serv. Comm'n, 447 U.S. 557 (1980). 由于其特殊性,本案暂不详细讨论。

㊱ 又称为法律家长主义,有关论述见张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,第549页;更详细的论述见孙笑侠、郭春镇:《美国的法律家长主义理论与实践》,载《法律科学》2005年第6期;孙笑侠、郭春镇:《法律父爱主义在中国的适用》,载《中国社会科学》2006年第1期。

㊲ See: Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Self Vol 3, 4, Oxford University Press, (1986).

㊳ See: Daniel Hays Lowenstein, Symposium: Commercial Speech and the First Amendment: "Too Much Puff": Persuasion, Paternalism and Commercial Speech, 56 U. Cin. L. Rev. 1205, 1988.

㊴ 即那些认为只要广告不虚假、广告提供的消费或服务不非法就不应受限制的人士。

㊵ [德]M·P·赛夫:《德国行政法——普通法的分析》,周伟译,五南图书出版公司1991年版,第213页。